

o de uso, abrangente do de construir, como é o caso do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

PARTE DE OUTRO ARTIGO
 22.2 Em sede, portanto, de competência regulativa da União, estão envolvidos os permissivos dos arts. 21, XX; 22, I e II; 23 (vários incisos), 24, I, VI e VII; 182, e § 4º, e 183.

Devido Processo de Direito

Roberto Rosas*

1. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito realizou notável trabalho de coordenação de estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito, publicados pela Editora Renovar, em 1997. Lá, como preito ao grande mestre administrativista, escrevi sobre o devido processo legal na evolução norte-americana, provocado por erudito artigo de Caio Tácito sobre o devido processo legal, publicado na Revista de Direito Administrativo 204. Aqui volto em torno do tema, mais amplo, quem sabe, na ampliação desse princípio.

2. Quando examinamos o *due process of law* verificamos que o devido processo é na lei, e não no direito (na origem *rights*). Portanto, é importante a distinção entre lei e direito para perceber a maior extensão deste, se não aquele inserido neste. O exame do devido processo legal não invalida o devido processo de direito, em ambos o comando – o devido processo, a obediência a ele. Há princípios de direito acima do escrito, ainda que não estejam escritos, ou desapareçam da Constituição ou das leis, eles não morrerão; são imperecíveis, como o juiz natural, a igualdade, a ampla defesa. Na verdade, sempre existiram desde a Bíblia, de João Sem Terra, a Declaração dos Direitos Humanos etc. Pressenti tal colocação em escrito anterior no qual os princípios estavam imanentes (Roberto Rosas – *Direito Processual Constitucional*, Saraiva, 3ª ed.). Celso Antônio Bandeira de Mello é incisivo nesse sentido: há mandamento.

3. Há regras jurídicas (*rectius* – de direito) que prescindem de lei, porque são imanentes à estrutura do Estado. Elas não são escritas, ou ainda escritas, simplesmente programáticas, aproximam-se de princípios, que são superiores à lei, transcendem a própria lei. Mandamento nuclear de um sistema, que está acima das normas, daí conclui que a violação do princípio é muito mais grave que transgredir norma qualquer (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 9ª ed., p. 574). São autênticas declarações de direito, cuja reafirmação melhoram o direito, ou como acentua Giovanni Sartori – “em temas vitais como este, uma certa redundância não faz mal” (*A Engenharia Constitucional*, p. 209).

* Prof. titular da Faculdade de Direito da UnB

4. Como compatibilizar o sistema americano, com o sistema jurídico continental, origem do brasileiro?

Neste, de formação romanista, o Direito revela-se por meio de fontes escritas, naquele, a lei tem papel secundário. No sistema anglo saxão, a decisão judicial tem mais atividade do que a lei, e a decisão é a fonte principal de Direito.

Essa dificuldade existe no sistema romanista, porém não no americano. Lá, a decisão judicial parte do precedente, ou no caso individual, tanto que Oliver Holmes marcou – devido processo legal depende das circunstâncias. Já Frankfurter – é um delicado processo de adaptação.

5. O Estado Democrático de Direito é a própria base da federação na união indissolúvel dos Estados, Municípios e o Distrito Federal, assim diz a Carta Magna (art. 1º). (Lúcia Valle Figueiredo – Estado de Direito e devido processo legal, *RDA* 209/7).

6. Para a garantia dos direitos é necessária a efetividade desse Direito. Devemos partir da moderna concepção processual da finalidade de seu contexto, no sentido de tornar eficaz a atuação da Justiça, na conciliação da efetivação com a segurança jurídica. Portanto, efetividade e instrumentalidade processuais são elementos fundamentais a entender-se qualquer reforma, na busca de soluções, ao lado de outros princípios regedores do processo civil – o devido processo legal e o acesso à justiça. Às garantias constitucionais formais acrescentam-se as garantias sociais. Nos direitos humanos fala-se dos direitos sociais como direitos humanos de segunda geração. Estes são direitos que se destinam a fazer com que os direitos tradicionais ou de primeira geração (entre eles as garantias constitucionais do processo) tornem-se efetivos. (Mauro Cappelletti – *Os problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*, Juruá, 1994; *L'effectivité des décisions de justice – Travaux de L'Association Henri Capitant*, tome XXXVI, 1985).

Entende-se como efetividade do processo a capacidade do exaurimento dos objetivos legitimadores no contexto jurídico, social e político (Cândido Dinamarco – *A instrumentalidade do processo*, 1986, p. 253). Pode-se temer, e até criticar o excesso na aplicação da efetividade, como risco inerente a todo o excesso. No entanto, observa Barbosa Moreira, que interessa antes de tudo a atuação do processo. Qualquer exagero sofre o repúdio como todo tipo de abuso (J.C. Barbosa Moreira – *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 7/200). Ao lado da efetividade, impõe-se a instrumentalidade, observada por Humberto Theodoro Júnior como a consecução da efetividade do direito material (*Fraude contra credores – A integração da tutela jurisdicional*, Del Rey, 1996, p. 23). É necessária a agilidade dos pleitos, para o descongestionamento do aparelho jurídico e facilitar

a composição dos litígios (J.C. Barbosa Moreira – *Os novos rumos do Processo Civil – Revista de Processo* 78/139).

Para as diretrizes sobre a efetividade do processo, tomo como norte um dos primeiros trabalhos sobre o tema no Brasil: o processo deve dispor de instrumentos adequados a todos os direitos; o resultado da demanda deve assegurar ao vitorioso a utilidade necessária com o mínimo de esforço e gasto (José Carlos Barbosa Moreira – Notas sobre o problema da efetividade do processo, in *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, 1982, p. 203).

Há o corolário dessas regras, na atuação do juiz, superando a antiga regra do julgamento segundo o alegado pelas partes como o magistrado atuante na busca da verdade real (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). O juiz não é simples espectador na pugna judicial, determinando provas e diligências necessárias ao debate judicial, ao contrário do processo penal, onde o princípio acusatório domina o âmbito da demanda, no processo civil é a atuação dos princípios dispositivo e da demanda. Tudo, no entanto, numa demonstração de imparcialidade.

7. Insere-se entre modos modernos da garantia de direitos – que eles sejam proporcionais e razoáveis, com base no devido processo legal substantivo.

O razoável está relacionado com a razão (*ratio*) e com o verbo *reri* (crer, julgar, pensar). O homem é animal razoável com meios e fins. A razão pode ser matemática ou filosófica. Nesta há faculdades orientadoras do conhecimento da verdade. A razão é bom senso, prudência (Ferrater Mora, *Dicionário de Filosofia*).

Aristóteles desenvolveu o conceito de razão e defendeu a reta razão, com a justiça no meio termo (*Ética à Nicômaco*). A reta razão desdobra-se na proporcionalidade, igualdade e equidade. O julgamento é razoável quando se empregam critérios de discernimento, equidade, inteligência (Aristóteles, *Ética à Nicômaco*, p. 109). Já Santo Tomás de Aquino pregou a reta razão como a síntese das virtudes morais – a temperança, a prudência, a força, a justiça. Da razão chega-se à justiça, e acima de tudo à virtude (*Suma Teológica*). Mais recentemente, Perelman estuda a reta razão, partindo da multiplicidade de soluções, mas, no caso concreto, a melhor solução é razoável, no equilíbrio entre o absoluto e o mínimo. Exemplifica: “A cada vez que o juiz deve decidir se houve falta, negligência, imprudência, quando cabe precisar um padrão (agir como bom pai de família), determinar as consequências prejudiciais de um ato faltoso, encontra-se regularmente nos acórdãos o recurso à idéia daquilo que é ou não é razoável (*Ética e Direito*, Martins Fontes, p. 431).

Portanto, estamos diante de idéias apropriadas pelo jurista para chegar à justiça. A liberdade para o exame da razoabilidade da lei ou de uma decisão (pú-

blica ou privada) que não pode tomar o rumo daquilo que Robert Bork chamou de sedução política do Direito (*The Tempting of America*), ou, como acentuou Perelman, há limite à tolerância, e é o desarrazado que não é aceitável (*Ética e Direito*, p. 432).

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição do excesso, pode ser entendido como princípio do Estado de Direito, ou direito fundamental, que vai desdobrar-se em vários aspectos ou até requisitos. A solução adotada para a efetivação do ato ou medida deve ser adequada a seu fim ou fins. Deve ser conforme nos fins que justificam a sua adoção. É o meio e fim. Pode ser invocado no exame do ato discricionário ou do ato vinculado, com a clássica oposição doutrinária de impedimento das razões desses atos. Também pode ser invocado no exame da finalidade das leis, com impugnação de regra de liberdade do legislador.

Como o cidadão deve ser protegido pelos atos estatais, as vantagens para o cidadão são as mais amplas, claro, superado pelo interesse público ou coletivo. Para fugir a essa proteção, a ação deve estar apoiada na impossibilidade de outra ação ou meio a não atingir o cidadão. A necessidade material será invocada para justificar o ato. Na dimensão temporal justifica-se num espaço a ação examinada. A ação circunscreve-se às pessoas ou grupos não podendo ter a abrangência total ou ilimitada. Em outras palavras, a ação poderia efetuar-se por outro meio mais eficaz?

Pergunta-se ainda se o fim atingido com a ação é proporcional ao seu conteúdo, se há proporção entre meio e fim (Celso Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 175).

É importante a explicação dos elementos integradores da proporcionalidade. São fundamentais na medida da obediência a eles, fugindo ao arbitrário, ao gosto do intérprete ou ao arbítrio interpretativo.

O elemento adequação entre meio e fim do ato (legislativo ou administrativo) significa a comprovação da medida pertinente ou apta para o fim pretendido ou estabelecido, o essencial ao objetivo escolhido. Então pergunta-se: Por quê? E para quê? Nessa conjugação de razão e fim, e meio de utilização para chegar-se ao fim, há a proporção necessária à prática. Veja-se, num exemplo de um ato exigente da exposição de todos os indivíduos, diante da polícia, à revista, com mãos para o alto. O pretexto é a segurança pública, mas não há adequação entre o meio e fim.

8. A moralidade administrativa insere-se entre os elementos do devido processo, tanto que a Constituição, ao exigir sua aplicação (art. 37), vai pautar a Administração Pública dentro desses postulados.

9. O princípio da legalidade deve presidir a obediência do administrador à lei. Como observa José Afonso da Silva, basta o princípio da legalidade como suficiente à estrutura do Direito, porque este é maior do que a lei (Curso, 12ª ed., p. 112), e o conjunto de regras para o Estado Democrático de Direito está no art. 1º da Constituição, e não somente na lei.

10. O controle judicial, como consequência do princípio do juiz natural, é a garantia contra o arbitrário e o irrazoável, tanto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) assegura a toda pessoa o recebimento dos recursos próprios perante os tribunais (art. 8º).

11. A tudo presidirá a justiça social, na busca do bem comum.

Acórdãos Inteiros Teores

PARTE DE OUTRO ARTIGO Corte Especial

Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2005.01.00.063893-3/DF

Relatora:	A Exma. Sra. Des. Federal Helene Maria de Almeida
Impetrante:	Patrimonial Serviços Especializados Ltda.
Advogados:	Dr. Dalmo Rogério Souza de Albuquerque e outros
Impetrado:	O Exmo. Sr. Des. Federal da 3ª Seção do TRF da 1ª Região
Litisconsorte Passivo:	Brasfort Administração e Serviços Ltda.
Publicação:	DJ 2 de 23/01/06

Ementa

Constitucional. Mandado de segurança. Indeferimento da petição inicial. Agravo regimental. Licitação. Contratação da segunda sem fundamento legal. Anulação da contratação. Art. 50 da Lei 8.666/93. Ausência de irregularidade na decisão judicial que aplica o dispositivo em antecipação de tutela recursal após a oitiva das partes. Inexistência de ilegalidade no ato. Manutenção da decisão de indeferimento.

I. O procedimento de licitação contém disposições que são de observância vinculada para o administrador público, dentre elas, a obrigação de contratar o vencedor do certame a quem o objeto tenha sido adjudicado.